

HSU.2019.96 / as / mv

Art. 155

Entscheid vom 6. September 2019

Besetzung Oberrichter Vetter, Oberrichter
Gerichtsschreiberin-Stv. Albert

Gesuchstellerin **H. AG,** _____
vertreten durch lic. iur. Lukas Blättler und lic. iur. Karin Minet, Rechtsan-
wälte, Dufourstrasse 40, Postfach 3020, 8034 Zürich

Gesuchsgegne-
rin **W. AG,** _____
vertreten durch Dr. iur. Roberto Peduzzi und MLaw Lorena Steiner,
Rechtsanwälte, Heuberg 7, 4001 Basel

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrecht

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt hauptsächlich _____ (Gesuchsbeilage [GB] 5).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Rheinfelden (AG). Sie bezweckt hauptsächlich _____.

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach (E-GRID: CH ____).

3.

Mit Gesuch vom 4. Juli 2019 (persönlich überbracht) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Baden sei richterlich anzuweisen auf dem Grundstück (Ort) Spreitenbach Nr.: XXX ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrag von Fr. 32'640.60 zuzüglich Zins zu / % seit / zu Gunsten der gesuchstellenden Partei vorläufig einzutragen.

2.

Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich zur Wahrung der Frist durch eine superprovisorische Verfügung anzuordnen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei."

4.

Am 4. Juli 2019 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

In **Gutheissung** des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen vom 4. Juli 2019 wird der Gesuchstellerin die **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach (E-GRID: CH ____), **superprovisorisch** für eine **Pfandsomme** von **Fr. 32'640.60 bewilligt**.

2.

Das **Grundbuchamt** Baden wird angewiesen, die Vormerkung gemäss vorstehender Dispositiv-Ziff. 1 **sofort** einzutragen.

3.

Die Gesuchstellerin hat mit beiliegendem Einzahlungsschein **bis zum 19. Juli 2019** einen Gerichtskostenvorschuss von **Fr. 1'500.00** zu leisten.

4.

Zustellung des Doppels des Gesuchs (inkl. Beilagen) vom 4. Juli 2019 an **die Gesuchsgegnerin** zur Erstattung einer schriftlichen **Antwort** bis zum **19. Juli 2019**.

5.

Fristerstreckungen werden grundsätzlich **nicht** gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

6.

Bei **Säumnis** wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO).

7.

Die **Gesuchsgegnerin** wird darauf hingewiesen, dass die Vormerkung im Grundbuch **gelöscht wird**, wenn sie für die angemeldeten Forderungen **hinreichende Sicherheiten** leistet. Für die Anmeldung der Löschung sind die Parteien selbst verantwortlich.

8.

Der **Stillstand der Fristen** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

5.

Das Grundbuchamt Baden merkte die vorläufige Eintragung am 4. Juli 2019 (Tagebuchnummer 6043) im Tagebuch vor.

6.

Mit Verfügung vom 17. Juli 2019 wurde der Gesuchsgegnerin die Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort bis 2. August 2019 erstreckt.

7.

Die Gesuchsgegnerin zahlte mit Valuta 26. Juli 2019 Fr. 33'000.00 als Sicherheitsleistung auf die Obergerichtskasse ein.

8.

Mit Stellungnahme (Gesuchsantwort) vom 31. Juli 2019 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

" 1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 4. Juli 2019 sei abzuweisen und das Grundbuchamt Baden sei richterlich anzuweisen, die zu Gunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Gesuchsgegnerin auf der Liegenschaft Grundbuch Spreitenbach, Parzelle XXX, _____, für eine Pfandsumme von CHF 32'640.60 superprovisorisch bewilligte Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit sofortiger Wirkung zu löschen.

2.

Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

Sowie dem Ersuchen um Vormerknahme, dass die Gesuchsgegnerin der M. GmbH (CHE- _____), _____, vertreten durch Martino Locher, Rechtsanwalt und/oder MLaw Matthias Neumann, Isenring Melunovic Kessler Kuhn Partner, Buchserstrasse 12, Postfach, 5001 Aarau, nach Massgabe von Art. 78 ZPO den Streit verkündet."

9.

Am 5. August 2019 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Zustellung des Doppels der Stellungnahme (inkl. Beilagen) der Gesuchsgegnerin vom 31. Juli 2019 an die Gesuchstellerin zur allfälligen **Stellungnahme** bis **spätestens 16. August 2019**. Bleibt die Stellungnahme innert der angesetzten Frist aus, wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO).

2.

2.1.

Der **M. GmbH**, _____, (gesuchsgnerische Streitberufene) wird Frist bis zum **16. August 2019** angesetzt, um sich zu erklären, ob sie:

- a) zugunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO);
- b) anstelle der Gesuchsgegnerin mit deren Einverständnis den Prozess führen will (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO); oder
- c) den Eintritt in das Verfahren ablehnt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

2.2.

Lehnt die gesuchsgenerische Streitberufene den Eintritt ab oder erklärt sie sich innert Frist nicht, so wird der Prozess ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

3.

Der **Stillstand der Fristen** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

10.

Am 15. August 2019 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

" 1a.

Es sei das auf dem Grundstück Nr. XXX, Grundbuchamt Spreitenbach (E-GRID CH ____) zugunsten der Gesuchstellerin vorgemerkte Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von CHF 32'640.60 zu bestätigen.

1b.

Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von drei Monaten anzusetzen, um die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anhängig zu machen.

Eventualiter:

2a.

Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von drei Monaten anzusetzen, um die Klage auf definitive Bestellung einer hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB anhängig zu machen.

2b.

Es sei die Obergerichtskasse des Kantons Aargau anzuweisen, die von der Gesuchsgegnerin geleistete Zahlung als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens auf definitive Bestellung der Sicherheit bzw. bis zum unbenützten Ablauf der Klagefrist zu verwahren.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Sowie dem Ersuchen um Vormerknahme, dass die Gesuchsgegnerin der M. GmbH (CHE- _____), _____, vertreten durch Martino Locher, Rechtsanwalt und/oder MLaw Matthias Neumann, Isenring Melunovic Kessler Kuhn Partner, Buchserstrasse 12, Postfach, 5001 Aarau, nach Massgabe von Art. 78 ZPO den Streit verkündet."

11.

Am 22. August 2019 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Zustellung des Doppels der Eingabe (inkl. Beilage) der Gesuchstellerin vom 15. August 2019 an die Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin zur **Kenntnisnahme**.

2.

2.1.

Der **M. GmbH**, _____, (gesuchsgnerische Streitberufene) wird eine letzte Frist bis zum **2. September 2019** angesetzt, um sich zu erklären, ob sie:

- a) zugunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO);
- b) anstelle der Gesuchsgegnerin mit deren Einverständnis den Prozess führen will (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO); oder
- c) den Eintritt in das Verfahren ablehnt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

2.2.

Lehnt die gesuchsgenerische Streitberufene den Eintritt ab oder erklärt sie sich innert Frist nicht, so wird der Prozess ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

3.

Der **Stillstand der Fristen** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

12.

Mit Eingabe vom 2. September 2019 erklärte die M. GmbH, dass sie den Eintritt in das Verfahren ablehne.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Der Einzelrichter am Handelsgericht ist örtlich, sachlich und funktionell zur Beurteilung der im summarischen Verfahren zu behandelnden Streitigkeit zuständig (vgl. dazu E. 4 der Verfügung vom 4. Juli 2019).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1.

Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts setzt im Wesentlichen die Forderung eines Bauhandwerkers oder Unternehmers für die Leistung von Arbeit und allenfalls von Material zugunsten des zu belastenden Grundstücks sowie die Wahrung der viermonatigen Eintragsfrist voraus (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und 839 Abs. 2 ZGB).

2.2.

Die Eintragungsvoraussetzungen sind im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich glaubhaft zu machen. An diese Glaubhaftmachung werden zudem weniger strenge Anfor-

derungen gestellt, als es diesem Beweismass für vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) sonst entspricht.¹ Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint. Im Zweifelsfall, bei unklarer Beweis- oder Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren zu überlassen.² Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der gesuchstellende Unternehmer nur die blossе Möglichkeit eines Anspruchs auf ein Bauhandwerkerpfandrecht nachzuweisen hat.³

3. Verhandlungsmaxime

3.1.

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.⁴ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB. Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).⁵ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁶ Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne Weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).⁷ Pauschale Bestreitungen reichen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.⁸

¹ BGE 137 III 563 E. 3.3; 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1394; BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840 N. 37.

² BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; 5A_924/2014 vom 7. Mai 2015 E. 4.1.2; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Aufl., 2011, N. 628.

³ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1395.

⁴ Vgl. BGer 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2.

⁵ Vgl. BGE 132 III 186 E. 4; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 60 N. 11.

⁶ BGE 128 III 217 E. 2.a.aa.

⁷ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

⁸ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3.

3.2.

Die Behauptungslast für die Eintragungsvoraussetzungen des vorliegend beantragten Bauhandwerkerpfandrechts trägt die Gesuchstellerin. Der Gesuchsgegnerin obliegt die Bestreitungslast.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wie Pfandsumme, Eintragsfrist oder ihre Zustimmung gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB zur Ausführung der behaupteten pfandrechtsberechtigten Arbeiten durch die Gesuchstellung höchstens pauschal und damit ungenügend. Diese Voraussetzungen können dem Entscheid daher ohne Weiteres zugrunde gelegt werden.

4. Hinreichende Sicherheit

Umstritten ist jedoch, ob die von der Gesuchsgegnerin mit Valuta 26. Juli 2019 an die Obergerichtskasse einbezahlten Fr. 33'000.00 als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifizieren.

4.1. Parteibehauptungen

Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie mit der Hinterlegung der Fr. 33'000.00 eine hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet habe, da dieser Betrag die Pfandsumme von Fr. 32'640.60 übersteige und die Gesuchstellerin keinen Zins verlangt habe (Gesuchsantwort Ziff. 10 ff.).

Die Gesuchstellerin ist hingegen der Auffassung, dass die von der Gesuchsgegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 33'000.00 keine hinreichende Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB darstellten. Einerseits bestreitet sie mit Nichtwissen den Eingang dieses Betrags bei der Obergerichtskasse. Andererseits sei völlig unklar, ob und unter welchen Bedingungen die Gesuchstellerin die hinterlegte Summe herausverlangen könne. Damit eine Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB als hinreichend gelte, müsse sie nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ die gleiche Sicherheit bieten wie ein Bauhandwerkerpfandrecht. Weshalb die Gesuchsgegnerin nicht eine Bankgarantie oder einen Sicherungshinterlegungsvertrag mit klar formulierten Bedingungen beigebracht habe, oder sich zumindest erklärt habe, unter welchen Bedingungen der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag herausverlangt werden können soll, sei nicht verständlich. Die Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin noch in der Woche vor Gesuchseinreichung telefonisch kontaktiert und ihr die Gelegenheit eingeräumt, vor Einreichung des Gesuchs eine Bankgarantie zu stellen (Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 15. August 2019 Rz. 5 ff.).

4.2. Rechtliches

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht verlangt werden, wenn der Grundeigentümer für die an-

gemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Das Fehlen einer hinreichenden Sicherheit ist daher eine negative Voraussetzung für die Eintragung bzw. den Weiterbestand des Bauhandwerkerpfandrechts.⁹ Mit anderen Worten kann der Unternehmer kein Bauhandwerkerpfandrecht verlangen, wenn ihm für die entsprechende Forderung eine hinreichende Sicherheit geleistet wird.¹⁰ Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit hat die Funktion einer Ersatzsicherheit: Anstelle eines mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts in der Form des Bauhandwerkerpfandrechts¹¹ erhält der Unternehmer eine Ersatzsicherheit.¹² Mit Ausnahme der definitiven Sicherheitsleistung führt diese nicht zur Gegenstandslosigkeit und damit zur Beendigung des ganzen Prozesses. Das Prozessthema bleibt ungeachtet der Änderung des Haftungssubstrats das Gleiche.¹³

Art. 839 Abs. 3 ZGB schreibt die Art der zu leistenden Sicherheit nicht vor. Damit kann die Sicherheit leistende Person Art und Gegenstand der Sicherheitsleistung innerhalb der Schranken der Rechtsordnung grundsätzlich frei wählen.¹⁴ Als Sicherheitsleistung kommen Personalsicherheiten wie die Garantie¹⁵ oder die Bürgschaft¹⁶ sowie Realsicherheiten wie die Sicherheitshinterlegung¹⁷ in Frage.¹⁸ Dabei ist stets entscheidend, dass die Sicherheitsleistung als "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB qualifiziert wird.¹⁹ Dies setzt voraus, dass die Sicherheitsleistung qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bietet wie das Bauhandwerkerpfandrecht.²⁰

Ob die Sicherheitsleistung als "hinreichend" qualifiziert wird, obliegt vorab der Disposition der involvierten Parteien.²¹ Akzeptiert der Unternehmer die von der sicherleistenden Person angebotene Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts, wird das Gericht nicht mehr überprüfen, ob die Sicherheitsleistung "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist und entsprechend die Löschung des Bauhandwerkerpfandrechts anordnen.²² Lehnt der Unternehmer hingegen die eingereichte Sicherheitsleistung ab oder

⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl. 2012, N. 1742; SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1237.

¹⁰ VETTER/BRUNNER, Die hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB, in: Jusletter 27. Februar 2017, Rz. 1.

¹¹ Statt vieler SCHUMACHER (Fn. 1), N. 5 ff. m.w.N.

¹² VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 3.

¹³ RÜETSCHI, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, 2011, N. 533 ff.; ZR 2010, Nr. 66, S. 272; AGVE 1982 S. 28.

¹⁴ VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 6; SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1268.

¹⁵ Siehe zur Garantie statt vieler SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1273 ff. m.w.N.

¹⁶ Siehe zur (Solidar-)Bürgschaft statt vieler SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1288 ff. m.w.N.

¹⁷ Siehe zur Sicherheitshinterlegung statt vieler SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1292 ff. m.w.N.

¹⁸ BSK ZGB II-THURNHERR, 6. Aufl. 2019, Art. 839/840 N. 11; SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1269 f. m.w.N.

¹⁹ VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 6.

²⁰ BGE 142 III 738 E. 4.4.2.; VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 8.

²¹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1312. Siehe auch Merkblatt des Handelsgerichts des Kantons Aargau, abrufbar unter <https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente/6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf>, zuletzt besucht am 5. September 2019.

²² VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 30; SCHUMACHER (Fn. 9), N. 1314.

reicht er überhaupt keine Stellungnahme ein, hat das Gericht zu überprüfen, ob diese als hinreichend gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren ist. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage.²³

Die Leistung der hinreichenden Sicherheit ist jederzeit möglich.²⁴ Erfolgt die Leistung der hinreichenden Sicherheit nachdem bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht im Grundbuch des jeweiligen Grundstücks eingetragen wurde, hat das Gericht die Löschung dieser Eintragung durch eine Abschreibungsverfügung anzuordnen, sofern und sobald die geleistete Sicherheit von ihm oder vom Unternehmer als hinreichend anerkannt worden ist.²⁵ Dabei spielt es keine Rolle, ob das Bauhandwerkerpfandrecht lediglich vorläufig i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB oder bereits definitiv im Grundbuch eingetragen wurde.²⁶

4.3. Würdigung

Da die Gesuchsgegnerin innerhalb der Schranken der Rechtsordnung grundsätzlich frei ist die Sicherheitsleistung zu wählen, durfte sie sich für die Sicherheitshinterlegung des Betrags von Fr. 33'000.00 bei der Obergerichtskasse als Realsicherheit entscheiden, insbesondere auch, weil vorliegend keine Zinsen sicherzustellen sind. Obwohl die Gesuchsgegnerin den Betrag von Fr. 33'000.00 ohne Zustimmung der Gesuchstellerin und ohne vorgängigen Sicherheitshinterlegungsvertrag bei der Obergerichtskasse hinterlegte, ist dieser als "hinreichend" i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren: Der Betrag von Fr. 33'000.00 ist um Fr. 360.00 höher als die von der Gesuchstellerin beantragte Pfandsumme. Er ist mit Valuta 26. Juli 2019 ohne Nennung irgendwelcher Auszahlungsbedingungen tatsächlich bei der Obergerichtskasse eingegangen. Damit tritt er als Ersatzsicherheit an die Stelle des am 4. Juli 2019 im Tagebuch unter der Nr. 6043 auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach der Gesuchsgegnerin vorläufig für die Pfandsumme von Fr. 32'640.60 eingetragenen vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts.

Vorliegend zu beurteilen bleibt die Frage, ob die Gesuchstellerin zur Eintragung des fraglichen Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach der Gesuchsgegnerin über Fr. 32'640.60 berechtigt war und damit einen (Teil-) Anspruch auf die von der Gesuchsgegnerin hinterlegte Realsicherheit von Fr. 33'000.00 hat.

²³ VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 31.

²⁴ Vgl. HGer ZH, HE150072 vom 14. April 2015 E. 4; VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 34; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 1743 f.

²⁵ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1238; VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 36.

²⁶ VETTER/BRUNNER (Fn. 10), Rz. 36.

5.

5.1.

Infolge hinreichender Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB vermag die Gesuchstellerin die Bestätigung der vorläufigen Eintragung des von ihr angekehrten Bauhandwerkerpfandrechts in Höhe von Fr. 32'640.60 auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach nicht mehr erreichen. Das gesuchstellerische Interesse an der Verfahrensförführung ist in dieser Hinsicht folglich untergegangen.

5.2.

Das Verfahren ist demnach gemäss Art. 219 i.V.m. Art. 242 ZPO in dieser Hinsicht gegenstandslos geworden (vgl. oben E. 4.2).

6. Ergebnis

Das Grundbuchamt Baden ist anzuweisen, das auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach der Gesuchsgegnerin zu Gunsten der Gesuchstellerin vorsorglich als Vormerkung eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht in Höhe von Fr. 32'640.60 zu löschen,²⁷ jedoch erst nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids.²⁸

7. Prosequierung

7.1.

Ist eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage mit der Androhung anzusetzen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres und ersatzlos gelöscht werde.²⁹ Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate. Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO ist bei der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.³⁰

7.2.

Der Gesuchstellerin ist daher Frist bis 6. Dezember 2019 anzusetzen, um beim zuständigen Gericht Klage im ordentlichen Verfahren auf definitive Sicherstellung der von der Gesuchsgegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 33'000.00 einzureichen.

8. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und

²⁷ Vgl. BSK ZGB-THURNHERR, 5. Aufl. 2015, Art. 839/840, N. 11 m.w.N.

²⁸ SCHUMACHER (Fn. 1), N. 1314.

²⁹ SCHUMACHER, Ergänzungsband zur 3. Aufl. 2011, N. 672 ff.

³⁰ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.H.; vgl. auch SCHUMACHER (Fn. 1), N. 688.

Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Sicherheitsleistung anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts tritt, sind sie ausgangsgemäss von der Gesuchsgegnerin zu tragen. Im Übrigen obsiegt die Gesuchstellerin vollumfänglich mit ihren Eventualrechtsbegehren.

8.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 1'500.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO) und der Obergerichtskasse noch Fr. 500.00 zu vergüten.

8.2.

Da die Gesuchstellerin seit 7. August 2019 anwaltlich vertreten war, hat ihr die Gesuchsgegnerin für ihre Stellungnahme vom 15. August 2019 zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 32'640.60 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 6'506.87 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 1'626.72. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach weiteren Abzügen von je 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) und wegen des in der Stellungnahme vom 15. August 2019 noch auf die Frage der hinreichenden Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB beschränkten Prozessthemas, resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 976.03. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'000.00, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Verfahren betreffend **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961

ZGB auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach (E-GRID: CH ____), für eine **Pfandsumme** von **Fr. 32'640.60** wird zufolge **Gegenstandslosigkeit** als erledigt abgeschrieben.

2.

In Gutheissung des Gesuchs vom 4. Juli 2019 wird **gerichtlich festgestellt**, dass die von der Gesuchsgegnerin bei der Obergerichtskasse mit Valuta 26. Juli 2019 hinterlegte Geldsumme von Fr. 33'000.00 als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gilt und an die Stelle des vorsorglich als Vormerkung eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts von Fr. 32'640.60 auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach der Gesuchsgegnerin tritt.

3.

Das Grundbuchamt Baden wird **angewiesen**, das zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grdst.-Nr. XXX GB Spreitenbach (E-GRID: CH ____) am 4. Juli 2019 als **Vormerkung** einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 837/839 i.V.m. Art. 961 ZGB für eine **Pfandsumme** von **Fr. 32'640.60** eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht (vgl. Tagebuchnummer 6043 vom 4. Juli 2019) **nach Eintritt der Rechtskraft** des vorliegenden Entscheids zu löschen.

4.

4.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 6. Dezember 2019** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

4.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 2 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin.

4.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

5.

5.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen. Zudem hat sie der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 500.00 zu bezahlen.

5.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'000.00 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

5.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Kopie der Eingabe der M. GmbH vom 2. September 2019)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Kopie der Eingabe der M. GmbH vom 2. September 2019 und inkl. Einzahlungsschein)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt Baden (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 6. September 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin-Stv.:

Vetter

Albert



Ziff. 4.1 des Dispositivs des Urteils vom 6. September 2019 wurde am 9. September 2019 wie folgt berichtigt:

" Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 6. Dezember 2019** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Sicherstellung der von der Gesuchsgegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 33'000.00 anzuheben."

